

DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO¹

Celso Marcelo de Oliveira

Consultor empresarial. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, do Instituto Brasileiro de Direito Bancário, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto Brasileiro de Direito Societário e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Autor de inúmeras obras jurídicas - destaque para **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**.

INTRODUÇÃO AO DIREITO FALIMENTAR

A imperiosa necessidade de repensar-se o novo Direito Falimentar Brasileiro não é proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do Ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal².

¹ Vide **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**, Volume I – **Teoria Geral do Direito Comercial e Teoria Geral das Empresas**, Volume II – **Teoria Geral do Direito Societário** e Volume III – **Teoria Geral do Direito Falimentar e Teoria Geral dos Contratos e Obrigações Cíveis** de nossa autoria e editado pela Editora LZN (19 32367588).

² Áustria, com a Lei de 1.7.1982; os Estados Unidos da América, com a reforma do The Bankruptcy, em 1978, 1984 e 1985; a Inglaterra com o Insolvency Act, de 1986; a França, com a Lei nº. 84-148, de 1984, denominada prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades, e a Lei nº. 85-98, denominada saneamento e liquidação das empresas; a Itália, com o Decreto-Lei nº. 602, de 1978, e a Lei nº. 95, de 1979, denominada administração extraordinária das grandes empresas, e Portugal, com o Decreto-Lei nº. 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa, econômica e financeiramente viável, assim como a conservação da empresa produtiva é o fim do Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz, entregue ao Ministério da Justiça em 27.6.1983; o Projeto do Prof. Piero Pajardi da Reforma da Lei de Falências da Itália e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou em 1985.

Em recente estudo o mestre Carlos Henrique Abrão, que atuou como membro da Comissão de Estudos da Lei de Falências, fez algumas considerações sobre a nova Legislação Falimentar Brasileira: “Debatida amplamente com a sociedade e com os diversos segmentos que a representam, a disciplina que cuida da reorganização e liquidação judicial das empresas em crise (Lei de Falências) vem disposta no Projeto de Lei nº 4.376/93 e em seu substitutivo. Ambos modificam radical e substancialmente o atual Decreto-lei 7.661, de 1945, cujo meio século de vida, devido às tendências da economia globalizada, fez com que ele perdesse a razão de ser. De efeito, aprovado o diploma na comissão e com a sua provável votação ainda em 2004, será dado um passo importante para atender aos interesses da atividade empresarial. Hoje, mais do que nunca, ela precisa de oxigênio (e de boa qualidade) para prosseguir nos negócios, erradicando as mazelas que sufocam a produção e deixam estagnado o consumo, sinal das elevadas taxas de juros e das adversidades da política - muito cara - de manter a qualquer custo a moeda estabilizada.”

INSTITUTO FALIMENTAR E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA MUNDIAL

Como sabido, o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor. No Direito Romano, a obrigação era essencialmente pessoal, isto é, na falta de cumprimento, o devedor respondia com o seu próprio corpo e não com o patrimônio. Não se exigia a intervenção do Estado, todo problema era resolvido pelas próprias mãos dos credores. A fase mais primitiva do direito romano foi o direito quiritário, época essa, em que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado. Sob esse aspecto temos o parecer de Amador Paes de Almeida³: O direito quiritário (período mais primitivo do direito romano) admitia a adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito, podia vendê-lo como escravo no estrangeiro (*Trans Tiberim*), e até mesmo matá-lo.

³ ALMEIDA, A. P. **Curso de Falência e Concordata**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

A partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo essa fase de grande contribuição do direito romano ao nosso instituto. No ano de 428 ou 441 a.C. surgiu a Lex Poetelia Papiria⁴, onde os bens do devedor e não mais o seu corpo passam a constituir garantia dos credores. Nelson Abrão destaca dois importantes efeitos da Lex Poetelia Papiria. Em suas palavras: "A **missio in possessio**⁵ nem foi precedida pela Lex Poetelia Papiria, do ano 428 ou 441 de Roma, com dois importantes efeitos: suprimiu do processo de execução a vindita⁶ corpórea consubstanciada na **manus injectio** e deu maior conotação pública ao procedimento, acrescentando a ingerência do magistrado. A Lex Poetelia Papiria, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio. Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da **cessio bonorum**, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência, que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias. A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores."

Depois a Lei Aebutia (643), que fez substituir o processo das **legis actiones** pelo processo formular, o pretor Rutilio Roffo, à vista da **bonorum sectio**, instituiu a **missio in bona** ou **missio possessionem**, que consistia no desapossamento dos bens do devedor, a pedido do credor e por ordem do magistrado. Perdia, então o devedor a administração de seus bens, que passavam ao curator, nomeado pelo magistrado. O credor dava, então, publicidade à **missio (bonorum prescriptio)** para que os outros credores pudessem vir a concorrer, dentro de trinta dias.

⁴ Lex Poetelia Papiria: Lei que extinguiu o instituto do nexum, ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão o patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo.

⁵ **Missio in possessio**: Direito romano. Autorizações que eram dadas pelo juiz para que alguém tomasse posse de um patrimônio (**missio in bona**) ou de coisa singularizada (**missio in rem**).

⁶ Vindita: Ato ou efeito de vingança; desforra

Se passado esse prazo o devedor não solvesse seus compromissos, o curator alienava (***bonurum venditio***) ao melhor ofertante (***bonurum emptor***) o patrimônio do devedor e este o sucedia a título universal respondendo, conseqüentemente, pelas obrigações assumidas pelo devedor, pagando proporcionalmente caso o ativo fosse insuficiente para a satisfação completa de todos e obedecendo a mais perfeita igualdade. Se o devedor preferisse, podia usar da ***cessio bonorum***, isto é, fazer cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente por intermédio do curador (***bonurum distractio***) a fim de pagar, em rateio aos demais credores. No ano de 737, foi criada a ***cessio bonorum*** pela Lex Iulia, na qual alguns autores consideram o embrião da falência; escreve sobre esse aspecto Waldemar Ferreira: "Não poucos romanistas divisam na Lex Julia o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e da ***par conductio creditorum*** ⁷. Com a ***cessio bonorum***, o credor passa a tomar iniciativa da execução em seu benefício e também dos demais credores, surgindo assim, o conceito de massa falida."

A Idade Média teve como base o direito romano e o direito canônico, formando seu direito comum. Nessa fase, o processo de execução se aperfeiçoa em decorrência do crescimento da autoridade estatal, que procurou coibir os abusos de caráter privado, mas isso não fez abolir a repressão penal, sendo esta traço característico do instituto falimentar daquela época. Depois de instaurada a falência os credores instituíam, através de assembléias, um administrador para os bens do falido, sendo dado prazo de um ano pra saldar suas dívidas. Caso não fizesse certos estatutos como recorda Bolonha Milão (1964), excluía-no de todo e qualquer benefício; outros o privavam do direito de cidadania, lembrando também que se estendia toda a conseqüência dessa dívida aos seus filhos e herdeiros⁸.

Nos tempos chamados de modernos tivemos um marco importante, que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se notar, também, que nova mentalidade começou a influenciar o direito falimentar,

⁷ *apud* ALMEIDA, 2000, p. 3

⁸ LACERDA, J.C.S. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S. A., 1999

devido às idéias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Napoleão, criador do código vigente, demonstrou, através deste, que não compreendia as distinções que havia entre os falidos; achava que o falido deveria ser julgado independente de sua culpa ou dolo, pois a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. No entanto, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Foi relevante nesse período a distinção feita entre os devedores honestos e os desonestos, facultando aos que estavam de boa-fé os benefícios da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata. Com o passar do tempo foram surgindo novas leis, como a de 28 de maio de 1838, a de 4 de março de 1889, a de 22 de maio de 1955 e a de julho de 1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar nos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social.

O Código comercial francês, de 1807, na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constitui-se em inegável evolução do instituto, restrito na legislação francesa ao devedor comerciante. Gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial, e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social⁹

INSTITUTO FALIMENTAR BRASILEIRO

O Brasil, como colônia de Portugal, naturalmente teve a aplicação do direito consubstanciado nas Ordenações do Reino. A primeira ordenação foi a Afonsina, mais tarde esta foi revista por D. Manoel, passando a ser chamada de Ordenações Manoelinas, onde predominavam os princípios do Direito Romano, reproduzindo, através da falência, o direito estatutário italiano, o qual submetia o devedor a rigor excessivo. Sobre esse momento, Rubens Requião¹⁰ descreve: "As Ordenações Afonsinas revistas por ordem del Rei D. Manuel, em 1521, passando a se denominar Ordenações Manoelinas, regulavam

⁹ ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das sociedades comerciais**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998

¹⁰ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991

também o concurso de credores, que ocorria quando o patrimônio do devedor não bastava para solver todos os seus débitos. Prevalecia, entretanto, ainda o princípio do primeiro exequente, dada a influência do antigo direito visigótico."

No ano de 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, que abrangiam a Espanha e Portugal, submetido ao Reino de Castela, e que tiveram maior influência no Brasil, devido ao florescimento da Colônia e de suas atividades mercantis. Nessa fase, sendo o devedor condenado por sentença que transitasse em julgado, era, automaticamente, executado e penhorados os seus bens. Caso não achassem os bens, ele seria recolhido a cárcere privado até que pagasse, cabendo ao devedor optar por fazer a cessão de seus bens; sendo assim, seria libertado. Amador Paes de Almeida escreveu que eram impostas ao devedor culposas penas que variavam do degredo até a pena de morte, mas para os credores que não agiram com culpa era dado tratamento diferente. Em suas palavras: "E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu regimento."¹¹

A lei de falências recebida de Portugal só passou a vigorar no Brasil após a Proclamação da República, conforme imposto pela Lei de 30 de outubro de 1823, através de notória observância do Alvará expedido em 18 de agosto de 1769, o qual aplicava a lei das nações civilizadas, como também do Código Napoleônico de 1807. No ano de 1850, período designado imperial, foi promulgado o Código Comercial.

Dedicou a sua terceira parte às "quebras", inaugurando assim, a primeira fase histórica desse instituto do direito brasileiro, e que se estenderia até o advento do regime republicano. José Cândido Sampaio de Lacerda descreveu sobre essa época, destacando os principais aspectos: "Em 1850, promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte à falência, intitulando-a "Das Quebras", tendo o Decreto nº 738, de 1850, estabelecido o processo para as falências

¹¹ ALMEIDA, A. P. **Curso de Falência e Concordata**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

(arts. 102 a 187). Com a publicação do Código Comercial de 1850 inaugura-se a primeira fase histórica do instituto do direito brasileiro, fase essa que se estenderia até o advento do regime republicano. "Nesse período, o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa. Por outro lado, a aceitação da concordata, dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.), constituía obstáculo à obtenção desse favor.¹²

O período republicano teve seu início marcado pela proclamação da República. Com esse evento, surgiu a preocupação moralizante com o governo que se instalara, a reelaboração da legislação sobre a falência. Sendo assim, o Governo Provisório optou por revogar, inteiramente, as disposições sobre falências do Código Comercial pelo Decreto nº 917 de 24/10/1890. Essa nova lei trouxe as esperanças de conter a fraude, sendo considerada um marco para o andamento em matéria de falência, caracterizando-se o estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e pela impontualidade do pagamento da obrigação mercantil líquida e certa, tendo instituído como meios preventivos a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Mas, mesmo fazendo algumas mudanças importantes para o sistema, esse decreto não foi isento de críticas, sendo reformado pela Lei nº 859 de 16/08/1902, regulamentada pelo Decreto nº 4.855 de 02/06/1903. Promulgou-se, então, a Lei 2.024 de 17/12/1.908. Essa nova lei baseou-se no projeto do comercialista J. X. Carvalho de Mendonça, apresentando suas características, conforme relata Nelson Abrão: "Apresentou como características essenciais: a impontualidade como caracterizadora da falência; a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência; alinhou os chamados atos

¹² LACERDA, J.C.S. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S. A., 1999

falimentares, a exemplo do Direito Inglês; suprimiu a concordata amigável, admitida só a judicial; conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir do recebimento da denúncia (àquela época pronúncia) perante o juiz criminal; determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores¹³.

Em 21 de outubro de 1943, novo anteprojeto é apresentado, agora elaborado por uma comissão composta pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, e este se transformou na lei vigente, isto é, no Decreto-Lei nº 7.661 de 21/06/1.945. Esse novo decreto teve como novidade a extinção da figura do liquidatário e, também, o fato de que a concessão da concordata preventiva não ficava mais à mercê dos credores. Instaurou-se, também, a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal. Nas hipóteses de crime falimentar, trazia, no entanto, um tratamento severo ou tolerante ao falido, na esfera civil. O Decreto-Lei nº 7.661 sofreu, posteriormente, muitas alterações, principalmente no que concerne às concordatas e à classificação dos créditos e recursos cabíveis.

Com o tempo, verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar de novo o sistema, para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamento das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, pelo simples fato de o devedor preencher determinados requisitos expressamente previstos em lei. Neste momento, passa, então, a ser a concordata preventiva da falência deferida em benefício do devedor, com efeitos reflexos sobre os direitos do credor.

DIFICULDADES DO SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO

Recentemente o ilustre Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Dr. Jorge Lobo, em artigo jurídico “O Moderno Direito

¹³ ABRÃO, N. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978

Concursal”, expôs de forma magnífica que se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois estas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las a grosso modo em:

a) causas externas: aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos.

c) causas acidentais: bloqueio de papel-moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

E concluiu que “diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-Lei nº. 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise? Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.”

ANTECEDENTES DA NOVA LEI FALIMENTAR

A Lei de Falências vigente encontra-se em fase de uma ampla reformulação, que vamos analisar na seqüência em nossa obra. Deverá a nova legislação se adaptar às profundas alterações políticas e sociais no mundo moderno e ao novo papel da empresa.

Uma das fontes da nova Legislação Falimentar é o Direito Italiano¹⁴. O jurista Ferrara sugere que o instituto italiano em vigor passe a chamar-se de saneamento da empresa. Cesare Vivante, que estudaremos com profundidade em nosso **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**, veio sugerir uma profunda reformulação no processo falimentar Italiano com um processo falimentar para pequenos estabelecimentos; transcrevemos o seu pensamento abaixo: “Antes da nova lei, sucedia freqüentemente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência a pequenos estabelecimentos condenados à impotência da sua originária miséria, obrigados a sucumbir a débitos cuja totalidade não excede a uns milhares de liras. O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais tiravam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido; um pobre desgraçado atormentado com o processo de bancarrota por não ter escriturado regularmente os livros prescritos, que muitas vezes não eram necessários ao giro do seu estabelecimento. A nova lei procura impedir estes tristes resultados na sua segunda parte,

¹⁴ ROCCO, **Il concordato nel fallimento e prima del fallimento**, Torino, 1902; – GUARIGLIA, **Il concordato nel diritto italiano e stranziero**, Napoli, 1892; – BIONDI, **Del concordato amichovale**, Napoli, 1891; – BOLAFFIO, **I componimenti privati e il concordato**, no Temi Veneta, 1886; – WACH, **Der zwangsvergleich**, Leipzig, 1896. BONELLI, **Del fallimento**, **Comentário ao Cód. Com.**, Vallardi, em 3 v., obra preciosíssima; – SRAFFA, **Il fallimento delle società commerciali**, FIRENZE, 1897; – CUZZERI, **Il codice di commercio italiano commentato**, v. VII, Verona, Druck & Tedeschi, 2ª ed., 1901; – VIVANTE, **Il fallimento civile**, apêndice ao v. I do Trattato, 3ª ed.; – LYON-CAEN ET RENAULT, **Traité de droit comm.**, 3ª ed., v. VI e VII; – THALLER, **Des faillites en droit comparé**, Paris, 1887; – ID., **Traité général de droit commercial** (v. XV e XVI), Paris; – KHOLER, **Lehrbuch des Konkursrechts**, Stuttgart, 1903; – SEUFFERT, **Deutsches Konkursprozessrecht**, Leipzig, 1899; – SARWEY UND BOSSERT, **Kommentar zur Konkursordnung**, 1900.

que regula a liquidação coletiva das pequenas empresas – não pertencentes a sociedades. O processo a seguir é simples e econômico. O comerciante, que não seja devedor da importância superior àquela cifra, dirige-se ao Presidente do tribunal para que mande convocar os seus credores; e o Presidente em seguida a este pedido – que produz quanto ao patrimônio do devedor o mesmo efeito que o requerimento de uma concordata preventiva nomeia um comissário judicial, que exerce as suas funções sob a direção do Pretor em que o recorrente exerce o seu comércio.”

E continua o ilustre jurista Italiano: “Na reunião dos credores, convocada e presidida pelo Pretor, o comissário informa sobre o procedimento e condições econômicas do devedor, e este apresenta as propostas de concordata, que se têm por aprovadas quando há a maioria, que vimos ser necessária para a aprovação da concordata preventiva. Neste caso, a concordata, que não tem que ser submetida à homologação, torna-se logo executória, e a posição respectiva dos credores e dos fiadores do devedor concordatário é a mesma que na concordata preventiva. Se, na reunião dos credores surgem contestações, o Magistrado, depois de ter procurado conciliá-las, resolve-as como árbitro e amigável mediador. Quando as propostas do devedor são rejeitadas, ou quando a concordata é anulada, ele considera-se falido, mas a liquidação dos seus bens regula-se diversamente da falência ordinária, segundo as modalidades estabelecidas pelos próprios credores, e ele não pode ser condenado por aqueles fatos, que na falência ordinária constituem o crime de quebra culposa simples. Aplica-se o mesmo processo quando requerida a falência de um comerciante por um credor. Se, porém, iniciado este processo especial, antes da votação da concordata, a intervenção do Magistrado é substituída pela do tribunal, que dá início ao processo da concordata preventiva, se existem as condições para ela requeridas, ou declara oficiosamente a falência do devedor, quando não existam aquelas

condições e o devedor tenha cessado os seus pagamentos por obrigações comerciais.”

Devemos destacar que os Estados Unidos da América ¹⁵ cuidam de reorganizar a empresa permitindo ao devedor manter todos os poderes

¹⁵ STATUTE- (a) The following expenses and claims have priority in the following order: (1) First, administrative expenses allowed under section 503(b) of this title, and any fees and charges assessed against the estate under chapter 123 of title 28. (2) Second, unsecured claims allowed under section 502(f) of this title. (3) Third, allowed unsecured claims, but only to the extent of \$4,000 for each individual or corporation, as the case may be, earned within 90 days before the date of the filing of the petition or the date of the cessation of the debtor's business, whichever occurs first, for - (A) wages, salaries, or commissions, including vacation, severance, and sick leave pay earned by an individual; or (B) sales commissions earned by an individual or by a corporation with only 1 employee, acting as an independent contractor in the sale of goods or services for the debtor in the ordinary course of the debtor's business if, and only if, during the 12 months preceding that date, at least 75 percent of the amount that the individual or corporation earned by acting as an independent contractor in the sale of goods or services was earned from the debtor; (FOOTNOTE 1) So in original. The semicolon probably should be a period. (4) Fourth, allowed unsecured claims for contributions to an employee benefit plan - (A) arising from services rendered within 180 days before the date of the filing of the petition or the date of the cessation of the debtor's business, whichever occurs first; but only (B) for each such plan, to the extent of - (i) the number of employees covered by each such plan multiplied by \$4,000; less (ii) the aggregate amount paid to such employees under paragraph (3) of this subsection, plus the aggregate amount paid by the estate on behalf of such employees to any other employee benefit plan. (5) Fifth, allowed unsecured claims of persons - (A) engaged in the production or raising of grain, as defined in section 557(b) of this title, against a debtor who owns or operates a grain storage facility, as defined in section 557(b) of this title, for grain or the proceeds of grain, or (B) engaged as a United States fisherman against a debtor who has acquired fish or fish produce from a fisherman through a sale or conversion, and who is engaged in operating a fish produce storage or processing facility - but only to the extent of \$4,000 for each such individual. (6) Sixth, allowed unsecured claims of individuals, to the extent of \$1,800 for each such individual, arising from the deposit, before the commencement of the case, of money in connection with the purchase, lease, or rental of property, or the purchase of services, for the personal, family, or household use of such individuals, that were not delivered or provided. (7) Seventh, allowed claims for debts to a spouse, former spouse, or child of the debtor, for alimony to, maintenance for, or support of such spouse or child, in connection with a separation agreement, divorce decree or other order of a court of record, determination made in accordance with State or territorial law by a governmental unit, or property settlement agreement, but not to the extent that such debt - (A) is assigned to another entity, voluntarily, by operation of law, or otherwise; or (B) includes a liability designated as alimony, maintenance, or support, unless such liability is actually in the nature of alimony, maintenance or support. (8) Eighth, allowed unsecured claims of governmental units, only to the extent that such claims are for - (A) a tax on or measured by income or gross receipts - (i) for a taxable year ending on or before the date of the filing of the petition for which a return, if required, is last due, including extensions, after three years before the date of the filing of the petition; (ii) assessed within 240 days, plus any time plus 30 days during which an offer in compromise with respect to such tax that was made within 240 days after such assessment was pending, before the date of the filing of the petition; or (iii) other than a tax of a kind specified in section 523(a)(1)(B) or 523(a)(1)(C) of this title, not assessed before, but assessable, under applicable law or by agreement, after, the commencement of the case; (B) a property tax assessed before the commencement of the case and last payable without penalty after one year before the date of the filing of the petition; (C) a tax required to be collected or withheld and for which the debtor is liable in whatever capacity; (D) an employment tax on a wage, salary, or commission of a kind specified in paragraph (3) of this subsection earned from the debtor before the date of the filing of the petition, whether or not actually paid before such date, for which a return is last due, under applicable law or under any extension, after three years before the date of the filing of the petition; (E) an excise tax on - (i) a transaction occurring before the date of the filing of the petition for which a return, if required, is last due, under applicable law or under any extension, after three years before the date of the filing of the petition; or (ii) if a return is not required, a transaction occurring during the three years immediately preceding the date of the filing of the petition; (F) a customs duty arising out of the importation of merchandise - (i) entered for consumption within one year before the date of the filing of the petition; (ii) covered by an entry liquidated or reliquidated within one year before the date of the filing of the petition; or (iii) entered for consumption within four years before the date of the filing of the petition but unliquidated on such date, if the Secretary of the Treasury certifies that failure to liquidate such entry was due to an investigation pending on such date into assessment of antidumping or countervailing duties or fraud, or if information needed for the proper appraisal or classification of such merchandise was not available to the appropriate customs officer before such date; or (G) a penalty related to a claim of a kind specified in this paragraph and in compensation for actual pecuniary loss. (9) Ninth, allowed unsecured claims based upon any commitment by the debtor to a Federal depository institutions regulatory agency (or predecessor to such agency) to maintain the capital of an insured depository institution. (b) If the trustee, under section 362, 363, or 364 of this title, provides adequate protection of the interest of a holder of a claim secured by a lien on property of the debtor and if, notwithstanding such protection, such creditor has a claim allowable under subsection (a)(1) of this section arising from the stay of action against such property under section 362 of this title, from the use, sale, or lease of such property under section 363 of this title, or from the granting of a lien under section 364(d) of this title, then such creditor's claim under such subsection shall have priority over every other claim allowable under such subsection. (c) For the purpose of subsection (a) of this section, a claim of a governmental unit arising from an erroneous refund or credit of a tax has the same priority as a claim for the tax to which such refund or credit relates. (d) An entity that is subrogated to the rights of a holder of a claim of a kind specified in subsection (a)(3), (a)(4), (a)(5), (a)(6), (a)(7), (a)(8), or (a)(9) of this section is not subrogated to the right of the holder of such claim to priority under such subsection.

de gestão e representação da empresa. Nos EUA, as cortes federais têm a jurisdição exclusiva para o julgamento de “bankruptcy”, que em sentido mais amplo corresponderia a nosso instituto de falências e concordatas. A legislação pertinente é encontrada no Título 11 do “United States Code”. A lei americana prevê 5 tipos diferentes de proteção ao devedor, dependendo se o objetivo será de reorganizar as dívidas pessoais, da empresa (sendo diferente no caso de produtor rural), ou de entidade pública ou, tratar de simples liquidação dos bens e das dívidas, no caso de os ativos não permitirem a recuperação do devedor.

A Alemanha experimentou a Lei do Acordo, de 1935; a Espanha reconhece situações distintas entre a empresa que não paga, por dificuldades financeiras de momento, contornáveis, e a que simplesmente deixa de pagar. A França, na vanguarda, tem em vista a salvaguarda da empresa, a manutenção das atividades empresariais e o emprego. Roger Houin enriquece o relatório elaborado por uma comissão de juristas franceses com um memorável comunicado, com reflexos não só no direito comercial francês, mas também no direito comparado, pois defende a permanência da empresa dentro da falência, já que ela interessa não apenas aos assalariados, mas também aos sócios, especialmente aos acionistas e à própria economia do país.

DIRETRIZES DO PROJETO DE LEI 4.376-A DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Câmara Federal aprovou o Projeto de Lei 4.376-A e substitutivos da nova lei de falências, originado de mensagem do Poder Executivo e que veio a regular a nova legislação falimentar, a liquidação judicial e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas Leis Comerciais¹⁶.

¹⁶ O Poder Executivo, através da Mensagem n.º 1014, de 21 de dezembro de 1993, enviou ao Congresso Nacional texto do Projeto de Lei, acompanhado da Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, Dr. Maurício Corrêa, elaborado pelas Comissões constituídas pelas Portarias 233, publicada no DOU, de 9 de maio de 1991, e 552 MJ. O Projeto de Lei 4376/93 está em trâmite no Congresso Nacional. Participaram da primeira Comissão, coordenada pelo Dr. Raul Bernardo Nelson de Senna, os Drs. Leon Frejda Szklarowsky (secretário), Geraldo de Camargo Vidigal, assessorado pelos Drs. Geraldo Facó Vidigal, Marcos da Costa e Fernando D'Almeida e Souza Júnior; Solange Nascimento Velloso, Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, Danilo José Loureiro, Maria Luíza Grossi Franco Neto e Marília Pinheiro de Abreu Miranda (Texto e Nota Explicativa publicados, no DOU de 27 de maio de 1992); e da segunda, presidida pelo Dr. Alfredo Bumachar Filho, os Drs. Fran Martins, Rubens Requião, Werter R. Faria, José Fernando Mandel, João Raimundo Cysneiros Vianna e Leon Frejda Szklarowsky (Texto publicado, no DOU de 29 de julho de 1993).

A lei de falências e concordatas, Decreto-Lei nº 7.661/45, não atende mais a dinâmica da vida empresarial nem a realidade socioeconômica do nosso país. Com o passar do tempo acabou ficando ultrapassada, tendo em vista a economia ter se tornado competitiva e sujeita às pressões da globalização dos mercados. Em decorrência desse fator, o novo projeto da lei de falência vem redefinir o Direito Falimentar Brasileiro, tendo como escopo a recuperação das empresas viáveis, garantindo a sua permanência no mercado e, com isso, evitar a redução de empregos e o desaquecimento econômico.

O novo texto da Lei Falimentar foi criado pelo deputado Osvaldo Biolchi do PMDB-RS, e este garante que essa nova lei irá facilitar a recuperação das empresas e, conseqüentemente, gerar mais impostos e fazer justiça social, com uma revisão do privilégio de créditos tributários. O advogado e consultor jurídico de Brasília, subprocurador-geral da Fazenda aposentado e editor da **Revista Jurídica Consulex**, Leon Fredja Szklarowsky¹⁷, destaca em seu artigo alguns aspectos importantes dessa nova lei:

“O projeto governamental apresentou inúmeras novidades revolucionárias, destacando-se o instituto da recuperação da empresa, visando reorganizá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo em vista o desenvolvimento e o bem estar sociais; extensão às empresas estatais dos benefícios da concordata e da recuperação, se esta não ocorresse às custas do Tesouro Público e sim do próprio esforço; expressa submissão dessas empresas – sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades estatais – a falência, desde que explorem atividade econômica, em consonância com o artigo 173 da Constituição da República; supressão da concordata suspensiva, porque, no curso desta e da falência, poder-se-á propor recuperação da empresa. O substitutivo, adotado pela Comissão especial da Câmara dos Deputados, inova, com muita felicidade, na denominação do projeto, e também manteve a preocupação nuclear na recuperação e liquidação judicial de

¹⁷ Szklarowsky, "Projeto de Lei de Falências", www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp, 13/08/2003

empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, em nome próprio e de forma organizada, visando recuperá-la, ao invés de destruí-la, para manutenção dos empregados e preservação da produção e circulação de riqueza, tendo por escopo o desenvolvimento e o bem estar social; e resguardou as linhas-mestras do projeto, como a submissão das empresas de economia mista e as empresas públicas.”

Enfim, pode-se constatar que inúmeras mudanças foram feitas através dessa nova lei de falência, mas o fundamental para esse trabalho é se ater às mudanças que se referem ao inquérito judicial, pois é o objeto principal em estudo.

O Projeto de Lei nº 4.376-A, segundo o seu artigo 1º, destina-se a regular a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica. Portanto, o Projeto mantém a falência no ordenamento jurídico brasileiro, conserva também o instituto da concordata preventiva, abole a concordata suspensiva e introduz essa nova ferramenta chamada “recuperação das empresas”.

A recuperação da empresa, na verdade, vem a preencher o vácuo deixado pelo desaparecimento da concordata suspensiva. Tal como esta última, a recuperação da empresa só pode ser requerida após a decretação da falência do devedor. O caput do artigo 9º do Projeto reza que “O devedor cuja falência for decretada pode requerer a continuação do negócio, que vise à sua recuperação.” Também a concordata suspensiva objetiva a recuperação do negócio do devedor; a diferença está na maior amplitude que o novo instituto da recuperação da empresa possui em relação à concordata. De início, somente o devedor tem legitimidade para requerer a concordata suspensiva, enquanto a recuperação da empresa pode ser pedida pelo devedor, por qualquer credor, por dois terços dos empregados existentes no trimestre anterior ao da decretação da falência, pelo Ministério Público e, em certas hipóteses, pelo Ministro de Estado e pelo Governador (artigo 10 do Projeto).

Por outro lado, e aí reside a diferença crucial entre os institutos, a concordata suspensiva corresponde aos benefícios de uma moratória e/ou remissão parcial das dívidas quirografárias, enquanto à recuperação da empresa correspondem diversos meios, dentre eles: transformação, incorporação, fusão ou cessão; alteração ou substituição

do bloco de controle; substituição total ou parcial dos administradores; aumento do capital social; arrendamento; constituição de garantias reais ou pessoais; prazos antecipados e condições especiais de pagamento dos créditos dos fornecedores de serviço e financiadores que se obriguem a continuar operando normalmente com a empresa, durante toda recuperação (artigo 13 do Projeto). Essas medidas podem ser aplicadas isoladas ou de forma conjugada. Além disso, na recuperação da empresa exige-se que o requerente apresente um plano de recuperação econômica e financeira da empresa, a demonstração de viabilidade de sua execução e um plano de solução do passivo (artigo 9, §§ 1º e 2º do Projeto), ao passo que na concordata suspensiva o devedor roga tão-somente uma melhor forma de pagamento dos seus débitos quirografários, sem qualquer obrigação de apresentação de um plano de recuperação da empresa.

Em relação à concordata suspensiva, os percentuais de pagamento dos créditos quirografários são também maiores na recuperação da empresa: o Decreto-lei nº 7.661/45 prevê o pagamento mínimo de trinta e cinco por cento, se a concordata for à vista, e cinquenta por cento, em prazo que não exceda a dois anos (artigo 177), enquanto o Projeto fixa o pagamento mínimo de sessenta por cento dos créditos quirografários quando o prazo for à vista, oitenta por cento – quando o prazo for de dois anos, e cem por cento quando o prazo for de três anos (artigo 32). Comparativamente ao quadro que perdura, onde o devedor que pode ir à falência dispõe da concordata preventiva para evitar a quebra, e da concordata suspensiva para remediá-la, pelo Projeto 4.376-A o devedor continua a poder se valer da concordata preventiva para impedir que seja aberta sua falência, e da recuperação da empresa como processo destinado a neutralizar o decreto judicial de quebra.

O artigo 9, e seus parágrafos determinam que o requerimento do benefício será acompanhado do plano de recuperação econômica e financeira da empresa, da demonstração de viabilidade da execução, e do plano de solução do passivo nos prazos e percentuais também já mencionados acima. Há, portanto, um amplo espaço para a criatividade empresarial e para a discricionariedade judicial, no que tange à formulação do plano de recuperação da empresa e ao deferimento, pelo juiz, do benefício rogado. E é bom que seja assim, eis que impossível seria ao legislador abarcar em um texto de lei todas as

estratégias de que se podem valer os administradores para o soerguimento das empresas.

O Projeto, contudo, impõe certas referências, estatuinto que na demonstração da viabilidade da recuperação, serão considerados os aspectos da importância social e econômica da empresa no contexto local, regional ou nacional, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, e o volume do passivo (artigo 11). O devedor fica comprometido ao plano de recuperação econômica e financeira da empresa, e de solução do seu passivo, em todos os seus termos, vinculando-se a executar as obrigações nele assumidas. Quando o requerimento for ajuizado por algum dos legitimados que não seja o devedor falido, este último será chamado a se pronunciar sobre se assume ou não as obrigações constantes do plano, podendo oferecer, no prazo legal, o seu próprio plano ou alterações no plano apresentado por terceiro. Em caso de recusa do plano pelo devedor, prosseguir-se-á com a falência (artigo 9º, §§ 4º a 7º do Projeto).

Prosseguindo, o juiz ao despachar o requerimento de recuperação da empresa, determinará a intimação dos credores, por edital, para impugnar o pedido em dez dias, proferindo-se a sentença nos dez dias seguintes. Durante o prazo da impugnação, os legitimados a requerer a recuperação podem oferecer um plano substitutivo ou alteração ao proposto (artigos 14 e 15 do Projeto).

Deferindo o pedido, o juiz, dentre outras diligências, suspenderá a realização do ativo, nomeará o administrador judicial encarregado de dirigir a gestão dos negócios da empresa, e convocará uma reunião dos credores para eleger uma comissão de três a cinco membros destinada a auxiliar e fiscalizar a gestão do administrador judicial. Este último será escolhido mediante sorteio dentre uma lista de nomes organizadas periodicamente pelo Tribunal de Justiça, que conterá profissionais indicados pelas entidades de representação das classes dos advogados, economistas e administradores de empresas (artigos 16 e 227 do Projeto).

Inadimplida alguma das obrigações contidas no plano, o juiz, ouvido o devedor no prazo de cinco dias, encerrará a recuperação e prosseguirá com a falência. Executados integralmente os planos de recuperação, o processo de falência será extinto (artigos 25 e 26 do Projeto). Observe-se a ausência de previsão da oitiva do Ministério Público nesse

importante processo judicial de recuperação da empresa. Aliás, dentre as falhas do Projeto, esta sem dúvida constitui a mais grave. Está previsto um amesquinhaamento na intervenção do *Parquet*, reservada basicamente apenas ao procedimento de reabilitação civil do falido e ao âmbito criminal da matéria (artigo 8º do Projeto).

Por outro lado, principalmente nos processos de recuperação, mas também nas falências e concordatas, haverá necessidade de um visitador dos estabelecimentos comerciais das empresas devedoras, a fim de fiscalizar *in loco* a gestão do administrador judicial, e este visitador é o órgão do Ministério Público, nunca o juiz, assoberbado pelas pilhas de processos que diariamente aguardam seus despachos. Nesse passo, o Projeto caminha totalmente na contramão da evolução do instituto falimentar. A doutrina francesa, que no mundo civilizado se destaca pela criação inovadora de mecanismos relativos ao tema em análise, anota com precisão justamente o movimento contrário ao do Projeto de Lei nº 4.376-A. Em França, na medida em que as preocupações de interesse geral, de ordem econômica, social e política ganharam relevo sobre o interesse privado dos credores, o Ministério Público passou a acumular novas atribuições nos procedimentos coletivos. O texto do Projeto é tão vetusto que o § 2º do artigo 51 reza que “Se o requerido não puder ser citado pessoalmente, o Ministério Público intervirá nos atos e termos do processo.” Ou seja, é a ressurreição da antiga curadoria especial nomeada para representar o réu revel citado por edital (artigo 9, inciso II do Código de Processo Civil), atribuição há muito retirada do *Parquet* e conferida, com correção, à Defensoria Pública.

Os institutos da falência e da concordata previstos no Projeto não modificam em profundidade a disciplina constante do Decreto-lei nº 7.661/45. A grande novidade fica por conta da possibilidade de aplicação dos institutos às empresas civis que explorem atividade econômica, e não apenas ao devedor comerciante.

Como tradicionalmente acontece no nosso direito; é introduzida expressamente a possibilidade de a autoridade judiciária estender a falência ao controlador da sociedade falida, nos casos em que se verificar que o mesmo orientou a empresa no interesse próprio ou de grupo do qual faz parte, ou quando houver administração promíscua entre o patrimônio próprio e o patrimônio social, de maneira a tornar

incindível a reunião dos seus ativos e passivos, ou da maior parte deles (artigo 78 do Projeto).

O Projeto mantém as duas espécies clássicas do direito brasileiro de caracterização da falência, a impontualidade no pagamento de obrigação líquida documentada em título executivo, e a tipificação de fatos que autorizam a abertura da falência do devedor, como: o desaparecimento injustificado do devedor, sem deixar representante com poderes gerais para administrar seu negócio e satisfazer as obrigações contraídas; o abandono das atividades do devedor, ocultação, desvio, liquidação precipitada ou ruínosa de bens etc. (artigos 49 e 52 do Projeto).

No Capítulo VIII, que trata do procedimento penal na falência, mencionou-se sobre o inquérito judicial e foi notável a mudança em seu trâmite. Como se pode observar, o artigo 205 do projeto elucida que, após decretada a falência, o administrador judicial, ora chamado de síndico, deverá requerer em até trinta dias após a entrega do relatório da situação da empresa, anteriormente chamado de exposição circunstanciada, em autos apartados, perante o juízo da falência, inquérito sobre a conduta do falido e de outros responsáveis por atos que constituam crime. Ademais, em seus parágrafos delineia que a petição do inquérito deverá indicar os responsáveis, assim como descrever o tipo legal que o pedido, para instauração, deverá ser instruído com o laudo do perito-contador encarregado do exame na escrituração da empresa falida e, por fim, caberá ao representante do Ministério Público requerer os meios de prova e diligências necessárias à apuração dos fatos.

O artigo 206 dispõe sobre a manifestação do falido e, pela forma que se encontra transcrito, poderá ser o caminho para a solução das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que serão demonstradas ao longo desse trabalho; assim posiciona-se: "Art 206 – O devedor, ou qualquer envolvido, deverá ser cientificado das arguições contidas nos autos do inquérito judicial, cabendo manifestação no prazo de 5 (cinco) dias".

O artigo 207 narra que, decorrido o prazo, os autos irão conclusos para o juiz e este deferirá, ou não, as provas requeridas, designando dia e hora para apresentarem as admitidas. Se não houver provas ou se já produzidas, o artigo 208, expõe que serão abertas

vistas dos autos ao Ministério Público, e este oferecerá denúncia ou requererá apensamento dos autos.

Ressalta-se que caberá ação privada subsidiária, conforme o disposto no parágrafo primeiro do artigo 201 deste mesmo diploma. No caso de denúncia ou queixa estas deverão ser acompanhadas do inquérito e das cópias necessárias dos autos do processo de falência. É importante lembrar que o despacho que receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa deverá ser fundamentado. Recebida a denúncia ou a queixa, será seguido o rito comum, conforme dispõe o artigo 210 do Projeto de Lei 4.376/93. O projeto governamental apresentou inúmeras novidades, destacando-se o instituto da recuperação da empresa, visando reorganizá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo em vista o desenvolvimento e o bem-estar sociais; extensão às empresas estatais dos benefícios da concordata e da recuperação, se esta não ocorresse às custas do Tesouro Público e sim do próprio esforço; expressa submissão dessas empresas - sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades estatais - à falência, desde que explorem atividade econômica, em consonância com o artigo 173 da Constituição da República; supressão da concordata suspensiva, porque, no curso desta e da falência, poder-se-á propor a recuperação da empresa.

DIRETRIZES GERAIS DO SUBSTITUTIVO DA LEI RECUPERAÇÃO E LIQUIDAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

O Substitutivo¹⁸, adotado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, inova, com muita felicidade, na denominação do projeto, e também manteve a preocupação nuclear na recuperação e liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, em nome próprio e de forma organizada, visando recuperá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo por escopo o desenvolvimento e o bem-estar sociais.

¹⁸ O Substitutivo ao Projeto de Lei 4376-A, de 1993, de 4.12.93, encaminhado pelo Poder Executivo, através da Mensagem 1014/93, está em pauta para a ordem do dia (discussão e votação em plenário), sendo relator o Deputado Osvaldo Biolchi e presidente o Deputado José Luiz Clerot

Dentre as principais reformas contidas no diploma, destacamos as seguintes: eliminação das expressões concordata e falência, fim do depósito elisivo, nivelamento das preferências entre os credores, alongamento da dívida tributária para quitação, implantação do comitê de empresa, criação da figura do administrador judicial. Além dessas, há um capítulo especial destinado à regulação das pequenas e microempresas; pluralidade de formas, sob o manto da flexibilização, cuidando da recuperação da atividade produtiva; inserção de técnicos e profissionais auxiliando o juízo. A nova lei também trata da simplificação dos procedimentos, da redução dos incidentes processuais, da remodelagem dos prazos. Sobre tudo, estabelece a primazia da empresa sobre o empresário, que poderá ser afastado se estiver provada malversação, fraude ou desvio patrimonial. Num momento de aguda crise, no qual as indústrias partem para demissões, com redução da jornada de trabalho e diminuição salarial atingindo transnacionais, a situação é deveras crítica em relação às pequenas empresas e às microempresas.

Com a extinção da concordata preventiva que o Projeto de Lei nº 4.376-A previa, o Substitutivo torna aplicável o instituto da recuperação judicial das empresas tanto ao devedor já declarado falido, quanto à empresa que se encontre em situação de crise econômico-financeira cuja liquidação não haja sido ainda decretada judicialmente. Vale dizer, a recuperação judicial da empresa passa a comportar duas modalidades, conforme o momento em que é requerida, a saber: a recuperação preventiva e a suspensiva, tal como já ocorre com a concordata.

Ao criar os institutos da liquidação judicial e da recuperação da empresa, abolindo, em contrapartida, a falência, o Substitutivo segue a linha da reforma legislativa francesa na matéria, levada a cabo em 1967. Pela Lei francesa de 1967, os procedimentos coletivos foram divididos em ***liquidation de biens*** e ***règlement judiciaire***, que correspondem basicamente à liquidação judicial e à recuperação judicial da empresa previstas no Substitutivo. Explica Georges Ripert que a intenção da reforma fora a de distinguir o homem da empresa que ele administra, e conferir ao órgão judiciário competente a opção de garantir a sobrevivência da empresa em crise, segundo um critério econômico objetivo. Para as empresas financeiramente con-

denadas, a **liquidation de biens** está orientada no sentido da realização imediata de seus ativos, reservando-se o **règlement judiciaire** para aquelas suscetíveis de serem recuperadas, reorganizadas e reequilibradas, mediante a solução do seu passivo. Mas, a reforma francesa de 1967, ao mesmo tempo em que dissociava a empresa de seus dirigentes, e garantia a sobrevivência da organização empresarial segundo critérios puramente econômicos, não descurava das sanções a serem aplicadas contra os administradores faltosos. Ou seja, dada a importância social da empresa, em França é possível que ela se reequilibre, sobreviva com a ajuda do tribunal, apesar da temeridade com que se conduziram os responsáveis pela sua gestão. Entretanto, a lei prevê uma gama de interdições e restrições de ordem civil, profissional e penal, destinadas a sancionar aqueles administradores faltosos¹⁹.

Em França, há uma separação entre a opção de liquidar ou recuperar a empresa – o que se dará segundo uma avaliação econômico-financeira de critérios objetivos – e a questão de se decretar ou não a falência pessoal dos dirigentes da empresa devedora, em caso de má administração. Uma coisa não está ligada à sorte da outra, pois se a recuperação da empresa é um problema de ordem social, não pode a sua solução se ver contaminada por um fato pessoal e individual das ilicitudes praticadas pelos administradores da unidade econômica em crise. A disciplina relativa ao processo de recuperação da empresa constante do Substitutivo repete, sem grandes modificações, o texto do Projeto de Lei nº 4.376-A, com a alteração, já apontada, de que não é preciso a empresa devedora ir antes à falência, ou à liquidação judicial, para só então solicitar o benefício, que pode ser requerido preventivamente.

Averbe-se, outrossim, a mudança para pior que o texto do Substitutivo introduz em relação ao Projeto no ponto referente à legitimação para requerer o benefício da recuperação da empresa. Acertadamente, o Projeto conferia legitimação ao devedor, qualquer credor, maioria qualificada dos empregados da empresa, ao Ministério Público e, em certas hipóteses, ao Governador e Ministro de Esta-

¹⁹ RIPERT, Georges e ROBLOT, René. **Traité de droit commercial**, Tome 2, 15e édition, LGDJ, Paris, 1996.

do (artigo 10 do Projeto). O texto do Substitutivo reduz essa legitimação, conferindo-a restritivamente ao devedor, seus herdeiros, cônjuge sobrevivente, sócio ou acionista nas empresas coletivas (artigo 58). Os autores do Substitutivo parecem haver se esquecido de que a recuperação da empresa é um instituto de caráter social, e não de cunho exclusivamente privado-individual.

Na liquidação judicial, encontramos modificações de maior vulto e mais algumas falhas. Inicialmente, elimina o Substitutivo a possibilidade do depósito elisivo, agora não mais da falência e sim da liquidação. O Substitutivo mantém as duas espécies de caracterização de crise econômico-financeira – a mera impontualidade no pagamento de obrigação líquida corporificada em título executivo, e a tipificação de fatos e condutas do devedor que demonstram seu estado de insolvência (artigos 74 e 76); entretanto, ao regular a legitimidade para a propositura da demanda o texto é de uma falta de técnica inigualável. Transcrevemos o artigo 77, inciso II, *verbis*: "Têm legitimidade para requerer a liquidação judicial do devedor: II – qualquer credor, detentor de títulos de obrigação líquida, vencida ou vincenda, que provar, mediante procedimento previsto no art. 75 desta Lei, a ocorrência de qualquer uma das hipóteses do artigo anterior".

Em primeiro lugar, o artigo 75 ao qual o inciso em destaque faz referência, regula o procedimento de verificação de conta nos livros comerciais do credor ou do devedor. Isso é um procedimento de jurisdição voluntária (encontra previsão no § 1º do artigo 1º do Decreto-lei nº 7.661/45), que nada tem a ver com o processo em que se busca comprovar a situação de crise econômico-financeira da empresa devedora. O procedimento de verificação de conta destina-se unicamente a conferir liquidez ao crédito pertencente a quem apenas futuramente irá requerer a liquidação judicial do devedor. Concluído o procedimento, os respectivos autos são entregues, independentemente de traslado, ao credor, para instruir eventual pedido de liquidação que porventura venha a ajuizar (artigo 75, § 1º do substitutivo).

Este mesmo artigo 77, inciso II, *supra* transcrito, peca também quando dispõe que o credor deve possuir título de obrigação líquida (vencida ou vincenda). O título de obrigação líquida deve ser exigido apenas nas falências ou liquidações judiciais requeridas com base em mera impontualidade no pagamento do débito, nunca quando se

tratar de fatos e atos do devedor que, independentemente da mora ou da cessação de pagamentos; estão tipificados em lei como caracterizadores da crise econômico-financeira.

PARECER DA COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO FEDERAL E A NOVA LEI FALIMENTAR

Posteriormente foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal com a Relatoria do Senador Ramez Tebet onde: “Tramita nesta Comissão de Assuntos Econômicos o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade regida pelas leis comerciais, e dá outras providências, que tramitou na Câmara dos Deputados como PL nº 4.376, de 1993.”

Devemos analisar criteriosamente o Parecer do Senador Ramez Tebet no Projeto de Lei Complementar 71/2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais: a Nova Lei Falimentar.

O Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, foi apresentado pelo Poder Executivo durante o governo do Presidente Itamar Franco. Depois de 484 emendas e 5 substitutivos, apresentados durante seus dez anos de tramitação, a matéria foi votada e aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, na forma da Subemenda Substitutiva de Plenário apresentada pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi, na sessão deliberativa de 15 de outubro de 2003.

O PLC nº 71, de 2003, tem por objetivo ab-rogar e substituir a atual Lei de Falências, posta em vigor pelo quase sexagenário Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, muito embora tenha, por seus reconhecidos méritos, servido durante tanto tempo à disciplina da matéria, não é mais adequado às necessidades da sociedade e da economia brasileira, dadas as numerosas e profundas alterações que ocorreram nas práticas empresariais no Brasil e no mundo nas últimas seis décadas.

O texto que veio da Câmara compõe-se de 222 artigos, divididos em onze capítulos: Disposições Preliminares (Capítulo I), Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência (Capítulo II), Da

Recuperação Judicial (Capítulo III), Da Recuperação Extrajudicial (Capítulo IV), Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência (Capítulo V), da Falência (Capítulo VI), Do Procedimento Especial da Recuperação Judicial e Falência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Capítulo VII), Do Procedimento Penal (Capítulo VIII), Dos Crimes (Capítulo IX), Dos Atos Processuais e Respectivos Prazos (Capítulo X) e Disposições Finais e Transitórias (Capítulo XI).

O Capítulo II, que trata das disposições comuns à recuperação judicial e à falência, é subdividido em cinco seções: Disposições Gerais (Seção I), Da Classificação de Créditos (Seção II), da Verificação de Créditos (Seção III), Do Pedido de Restituição (Seção IV) e Da Assembleia Geral de Credores (Seção V). O Capítulo III, que disciplina a recuperação judicial, subdivide-se em apenas duas seções: Disposições Gerais (Seção I) e Do Comitê e do Administrador Judicial na Recuperação Judicial (Seção II).

O Capítulo VI, da Falência, é subdividido em onze Seções: Da Decretação da Falência do Devedor (Seção I), Disposições Gerais (Seção II), Da Falência Requerida pelo Próprio Devedor (Seção III), Da Arrecadação e Custódia dos Bens (Seção IV), Dos Efeitos da Decretação da Falência (Seção V), Dos Efeitos quanto aos Atos Prejudiciais aos Credores (Seção VI), Do Comitê e do Administrador Judicial na Falência (Seção VII), Da Realização do Ativo (Seção VIII), Do Pagamento aos Credores na Falência (Seção IX), Da Extinção das Obrigações (Seção X) e da Reabilitação do Devedor (Seção XI).

O Capítulo IX, que disciplina os crimes falimentares, subdivide-se em duas seções: Disposições Especiais (Seção I) e Dos Crimes em Espécie (Seção II). Na reunião desta Comissão de Assuntos Econômicos realizada em 13 de abril de 2004, lemos relatório sobre o projeto e, com o relatório, oferecemos Substitutivo integral ao texto do PLC nº 71, de 2003, para cuja elaboração foram levadas em consideração as modificações propostas pelas Emendas de nº 1 a 81. Na mesma reunião foi deferida vista coletiva.

Posteriormente à leitura do relatório apresentado a esta Comissão de Assuntos Econômicos em 13 de abril de 2004, identificamos alguns outros pontos que, embora não tenham sido objeto de emenda, devem ser modificados, para aprimorar o Substitutivo apresentado ao PLC nº 71, de 2003.

Primeiramente, entendemos que as Fazendas Públicas devem ser informadas não só da concessão da recuperação judicial de empresários ou sociedades empresárias, como prevê o art. 59, § 2º, do Substitutivo, mas também da decretação da falência, uma vez que tal fato tem repercussão nos direitos do fisco. Além disso, na recuperação judicial, é mais adequado que o fisco e o Ministério Público sejam informados do deferimento de seu processamento – e não da sentença de concessão –, para que possam conhecer com maior antecedência a situação do devedor.

Dessa forma, é preciso suprimir o § 2º do art. 59 do Substitutivo e transformá-lo em um inciso do art. 52. Deve-se modificar também o inciso XIII do art. 99 do Substitutivo, para estabelecer a comunicação da falência às Fazendas Públicas.

No que tange à recuperação extrajudicial, convém rever o entendimento relativo à exclusão da sucessão tributária na alienação judicial de estabelecimento, se prevista em plano de recuperação extrajudicial. Na falência, tal medida é salutar e plenamente justificável, pois o valor obtido com a alienação fica à disposição do juízo para pagamento dos credores. Na recuperação judicial, muito embora não haja essa retenção do valor pago pelo adquirente, o fato de esse instituto consistir em um remédio extremo para as dificuldades das empresas, com o grave risco de decretação da falência no caso de não-concessão, associado ao rigoroso controle judicial em todo o processo, diminuem a probabilidade de conduta lesiva ao fisco.

Na recuperação extrajudicial, contudo, esses argumentos não cabem, pois a participação do juiz restringe-se à homologação do plano negociado extrajudicialmente e não há consequências para a não-aceitação ou para a não-homologação das condições propostas aos credores. Por isso, amplia-se excessivamente a possibilidade de devedores mal-intencionados valerem-se do instituto com o fito exclusivo de promover a venda de estabelecimentos sem sucessão tributária, o que não é o objetivo da nova lei. Assim, é necessário suprimir o parágrafo único do art. 166 do Substitutivo e, conseqüentemente, também o § 1º do art. 162, uma vez que, afastado o risco ao crédito tributário, não há motivo para exigir certidões negativas para a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Com a modificação aqui proposta, deverá ser alterado também o PLC nº 70, de 2003 – Complementar, a fim de compatibilizar a redação do CTN ao novo entendimento.

Em relação ao início da vigência da nova lei, reconhecemos e reiteramos que, em razão da complexidade das normas, seria recomendável que os operadores do direito contassem com maior prazo para adaptar-se às modificações, em cumprimento ao disposto no *caput* do art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. No entanto, temos convicção de que a nova lei trará benefícios à economia do País e, por isso, seria conveniente que entrasse em vigor o mais rápido possível. Desse modo, defendemos a alteração do art. 200 do Substitutivo, para reduzir a ***vacatio legis*** dos 180 dias previstos no texto da Câmara para 120 dias, prazo que entendemos suficiente para que a sociedade tenha amplo conhecimento dos novos dispositivos.

Além disso, em respeito ao disposto nos arts. 3º, III, e 9º da Lei Complementar nº 95, de 1998, incluímos a cláusula de revogação antes da cláusula de vigência da nova lei e renumeramos esta última como art. 201. Por fim, houve necessidade de pequenas alterações materiais, a fim de aperfeiçoar a redação e preencher lacunas do Substitutivo. Assim é que foram feitos ajustes redacionais nos arts. 27, c; 30, § 1º; 32; 49, § 2º; 58, § 2º; 59; 66; 67, parágrafo único; 140, § 4º; 147; 198; e 199, todos do Substitutivo.

Acrescentaram-se dois parágrafos ao art. 37, renumerados como §§ 1º e 6º. O primeiro prevê que, nas deliberações em que haja incompatibilidade do administrador judicial, a assembléia será presidida pelo maior credor presente. O segundo estabelece a regra de conversão de créditos em moeda estrangeira para votação na assembléia geral da recuperação judicial. Substituímos, ainda, a expressão "Registro de Empresas" por "Registro Público de Empresas" em todo o texto (arts. 51, V; 63, V; 69, parágrafo único; 96, VIII; 97, § 1º; 99, VIII; 181, § 2º; e 196, *caput* e parágrafo único), para deixar claro que se trata da mesma entidade a que se referem o art. 967 e outros dispositivos do vigente Código Civil.

CONCLUSIVAMENTE

Devemos expor que o projeto de lei e os substitutivos foram concebidos por inspiração da teoria da importância social da empresa, e ambos tencionam introduzir um instituto inédito no direito brasileiro, denominado "A Recuperação da Empresa", utilizado na Legislação Francesa.

Pelo projeto, o instituto da Recuperação da Empresa constitui um processo judicial destinado a solucionar a situação de crise econômico-financeira das empresas devedoras que, considerados o volume do seu passivo, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, bem como sua importância social e econômica no contexto local, regional ou nacional, demonstrem a viabilidade da recuperação. O Senado Federal altera drasticamente o projeto de lei, mas mantém o instituto da Falência e extingue a concordata suspensiva, introduzindo a Recuperação da Empresa.

Aprovada a nova Lei Falimentar com base nos textos descritos anteriormente, ampliam-se os institutos falimentares, fazendo incidir suas regras não apenas sobre as empresas devedoras sujeitas à legislação comercial, mas também sobre aquelas de caráter civil que explorem atividade econômica, mas deixam de responsabilizar e sancionar os administradores faltosos da empresa devedora. 